XXII.

Ueber Vergleiche gegen rechtskräftige Urtheile.

Von Thibaut.

Ich habe in dieser Zeitschrift [1]) zu beweisen gesucht, daß es erlaubt sey, den durch ein unumstößliches Urtheil erworbenen Rechten durch einen Nachlaßvertrag zu entsagen, daß hingegen Vergleiche gegen solche Urtheile nicht gelten, d. h. wenn man das Recht, welches nun als unbestreitbar erscheint, doch noch wieder als ungewiß nimmt, und durch Vergleich zu befestigen oder zu beseitigen sucht. Zugleich bemühte ich mich, zu zeigen, daß es eine völlig falsche Lehre sey, wenn man sage: nach unsern Grundsätzen über die Klagbarkeit aller einfachen Verträge müsse jetzt ein solcher Vergleich erhalten werden, welches ich vorzüglich daher ableitete, weil der Vergleich gegen rechtskräftige Urtheile in den Gesetzen für: verboten und nichtig erklärt sey.

Gegen meine Behauptung ist nun bald nachher in eben dieser Zeitschrift Herr Dr. Goldschmidt mit einer Abhandlung hervorgetreten [2]), welche, wie mir scheint, in der Hauptsache mehr für, als wider meine Ideen ist, und daher hoffen läßt, daß über diesen so wichtigen Punct ein guter Frieden erwartet werden darf, sofern die streitenden Theile sich unter einander recht verstehen.

1) 8. Bd. 2. Hft. S. 301—308.

2) 9. Bd. 1. Hft. S. 76—88.

Es ist, zufolge jener Abhandlung, in Frankfurt oft der Fall vorgekommen, daß insolvente Schuldner erst Weitläuftigkeiten machten, und sich verurtheilen ließen, dann aber zum Zweck eines Vergleichs unterhandelten. Wegen der Ungewißheit des Ausgangs eines Concurses, ließen sich nun die Gläubiger oft auf solche Vergleiche ein, und Herr G. hielt es sogar für Pflicht, zu solchen Vergleichen zu rathen; daher er denn in der Voraussetzung, daß ich solche Vergleiche für unerlaubt halte, in der Hauptsache [3]) Folgendes gegen mich erinnert hat.

Der Vergleich setze etwas Ungewisses voraus, sey mithin nicht denkbar, wo ein Urtheil unumstößliche Gewißheit gebe. Allein eine Schenkung und Novation sey hier doch denkbar, und die, durch stipulatio Aquiliana, oder einfach, novirte Schuld, ex re judicata, könne daher nach römischem Recht, ipso jure, durch acceptilatio, oder ope exceptionis durch ein pactum remissorium aufgehoben werden. Man müsse also die Regel so stellen: wenn der Sieger, das unumstößliche Urtheil für ungewiß haltend, grade um Ungewißheit zu beseitigen, sich vergleicht, so ist der Vergleich ungültig; dagegen aber gilt der Vertrag, wenn der Sieger, seine Rechte gehörig kennend, dem unterliegenden Theil einen Nachlaß zu bewilligen, sich bewogen findet.

In der That ist dies nun nichts anders, als das, was ich selbst früher behauptet hatte; und ich hoffe dies klar zu machen, wenn ich nur an folgende Umstände erinnere. Das Gewisse, insofern es als völlig gewiß von beiden Partheien anerkannt wird, kann kein Gegenstand eines Vergleichs seyn. Allein das Gewisse kann doch in seinen Folgen ungewiß seyn, und wenn der Vergleich, seiner Natur zufolge, eine res incerta in eine certa verwandeln muß und kann, so läßt sich auch gegen einen Vergleich über solche ungewisse

3) Von den Nebendingen soll nachher die Rede seyn, so weit es nöthig ist.

Folgen nichts einwenden. So kann z. B. kein Vergleich über das Daseyn eines von beiden Seiten als gültig anerkannten Fideicommisses Statt finden; aber Leben und Tod können es völlig ungewiß machen, wie viel das Fideicommiß ertragen wird [4]), und da ist nach allen Categorien ein völlig gültiger Vergleich vorhanden, wenn der Fiduciar und Fideicommissar diese Ungewißheit durch Verabredung eines gewissen Surrogates beseitigen [5]). Ist also z. B. ein verschuldeter Bürger rechtskräftig zur Zahlung verurtheilt, macht er gegen das Urtheil an sich keine weiteren Einwendungen, aber stellt er den Gläubigern vor, daß ihr Andrängen den Concurs herbeiführen werde, daß ihnen dieser Concurs doch nicht zu so viel helfen werde, als er ihnen jetzt pro modo facultatum biete, u. s. w., und gestatten nun die Gläubiger einen Nachlaß, so ist hier nicht contra rem judicatum, oder de judicato, oder super judicato transigirt, sondern das judicatum ist als judicatum anerkannt, aber die aus dem schlimmen Vermögenszustande entsprungene Ungewißheit ist ein Gegenstand des Vergleichs (oder eigentlich des aus Politik eingegangenen Nachlaßvertrages) geworden, daher ich denn über diesen Fall unbedenklich aussprechen würde, was in L. 1. de transact. über res certas et indubitatas geschrieben steht. Allein man nehme Fälle der Art, wie ich sie bei meiner früheren Abhandlung vor Augen hatte, z. B. ein mächtiger Gutsbesitzer will viele Jahre hindurch das Recht seiner armen Bauern nicht anerkennen; er wird durch alle Instanzen condemnirt, aber es hilft nichts; der Trotz dauert fort, und am Ende werden die armen, einen völlig solventen Gutsherrn vor sich habenden Bauern veranlaßt, des Friedens wegen sich einen dürftigen Vergleich gefallen zu lassen, als ob hier noch etwas zu vergleichen und gewiß zu

---

4) Etwas ganz Aehnliches läßt sich bei Leibrenten denken. Ebenso bei Alimenten. L. 8. de transact.

5) L. 2. 11. C. de transact.

machen wäre. Ich bin überzeugt, daß Herr G. über diesen Fall nicht so urtheilen würde, als über die Fälle, welche seine Abhandlung gegen mich veranlaßten. Freylich muß ich einräumen, daß es Fälle geben kann, wo es zweifelhaft ist, ob eine oder die andere Parthei wegen der vorausgesetzten Ungewißheit eines rechtskräftigen Urtheils, oder aus andern Gründen, einen Vergleich schloß. Allein die Schwierigkeiten der quaestio facti kann keine Theorie beseitigen; doch werden die, welche das Leben kennen, und in ihrem Leben viel Acten gelesen haben, gern einräumen, daß ein guter Referent durch genaue Betrachtung aller vorliegenden Umstände sehr oft zu einem sichern Gefühl kommt, welches, so zu sagen, nicht Stück vor Stück durch juristische Constructionen gerechtfertigt werden, und doch eine sichere Entscheidungsquelle seyn kann.

Nun noch etwas auf einige, von Herrn G. gegen mich gerichtete Nebenbemerkungen!

1) Ich habe von Vergleichen *contra* rem judicatam geredet, und in Betreff des Grundes des Verbotes bemerkt, es sey derselbe schwerlich aus den Begriffen des Widerspruchs abzuleiten, weil hier die Rechtswissenschaft leicht, nach gewohnter Art, durch Conversion hätte helfen können. Es möge also leicht der Grund darin liegen, daß man muthmaßliche Bedrückungen habe abwenden, oder für die Auctorität der Gerichte sorgen wollen, welcher letzte Grund selbst von dem Verfasser der Consultatio §. 7. angegeben werde.

Dagegen erinnert nun Herr G.: es komme viel darauf an, die rechten Worte zu gebrauchen. Bei den classischen Juristen sey aber nicht die Rede von transactio *contra* rem judicatam, sondern nur von Einem *post* rem judicatam. Der von diesen Juristen angegebene Grund des Verbotes bestehe aber darin, daß ein Vergleich einen ungewissen Gegenstand voraussetze, ein rechtskräftiges Urtheil aber völlig gewiß sey. Die aus dem Mittelalter herrührende Consultatio könne hingegen nicht in Betracht kommen, scheine sich auch nur auf den Fall zu beziehen, wenn post rem judica-

tam Schiedrichter angenommen werden. Auch passe der Grund, daß Vergleiche gegen gewisse Urtheile dem Ansehen der Gerichte schadeten, gar nicht zu den römischen Sitten. Bei uns müsse man freilich jedem Gerichte die devoteste Submission bezeigen. Allein dem freien Römer sey dies Alles unbekannt gewesen, und also habe ihn blos das volenti non fit injuria getroffen.

Ich muß nun dagegen dies repliciren: Der Ausdruck post rem judicatum kommt freilich mehrmals bei den classischen Juristen vor. Allein er taugt nicht. Denn er trifft wörtlich jeden nach dem Urtheil geschlossenen Vergleich, also auch den, welcher mit dem Urtheil nichts zu thun hat; und daran kann nun hier nicht gedacht werden. Bestimmter und besser wird mithin an andern Orten gesagt: Super judicato, oder de re judicata [6]). Dafür kann man nun auch im besten lateinischen Style sagen: contra rem judicatam. Denn ist der folgende Vertrag nur eine Bestätigung der res judicata, so ist er kein Vergleich, sondern ein constitutum. Damit ein Vergleich herauskomme, muß also etwas nachgelassen, oder etwas Neues gesetzt werden, und so ist immer ein contra nöthig. Daß in den wenigen vorhandenen Rechtsquellen das Wort contra nicht vorkommt, kann Niemand hindern, sich dieses Wortes sprachgemäß zu bedienen, obgleich es jetzt hie und da Mode zu werden scheint, durch mikrologische Wortklaubereien aus einzelnen Lehren jeden Ausdruck zu verbannen, den man dort in unsern dürftigen Quellen nicht ausdrücklich geschrieben findet. — Was den Verfasser der Consultatio betrifft, so möchte ich ihn nicht in das Mittelalter (in dem Sinn wie wir dies Wort gewöhnlich nehmen) versetzen, da wir nur wissen, daß er nach Alerich IX. lebte, und noch weniger möchte ich ihn als unbedeutend behandeln, da jede Seite seines Gutachtens zeigt, daß er ächte Rechtsquellen vor sich hatte, und gut zu benutzen verstand.

---

6) Cod. Gregor. L. 1. T. 2. const. 8. 9.

Auch kann ich nirgend finden, daß er den von ihm angegebenen Grund blos auf den Fall einer schiedsrichterlichen Entscheidung anwandte. Denn er spricht ja, mit Beziehung auf Paulus, und wie dieser, ganz allgemein: Pactio ipsa judicii ordinem et constitutionem infirmat, quae discingit, quod tamen non paciscendo, sed donando fieri potuisset. Darin kann ich aber gar nicht einstimmen, daß unsre Magistrate in Rücksicht der ihnen gebührenden äußeren Ehre, über den römischen stehen sollen, sofern man nicht blos auf einige herkömmliche Redeflosklen sehen will. Denn welches Volk hat wohl je für die Majestät, die Auctorität und die Unverletzlichkeit seiner Magistrate so unendlich viel gethan, als die Römer; und ist es nicht grade Ulpian [7]), von dem wir erfahren: Coecum utrisque luminibus orbatum praetor repellit, videlicet quod insignia magistratus videre, et revereri non possit? Selbst für die späteren Zeiten lassen sich aus Cassiodor und Lydus gute Nachträge hinzu liefern. Dem mehrmals von den Classikern angegebenen Grunde, ein Vergleich de re judicata gelte nicht, weil man sich über das Ungewisse nicht vergleichen könne, traue ich nach wie vor nicht. Denn es bleibt bei jenem Grunde der Zweifel, wie man denn von solchen Vergleichen als einer gesetzwidrigen, verbotenen Handlung reden konnte, und warum man nicht durch Conversion das, nun einmal beabsichtigte Geschäft erhielt. Ein Verbrechen ist es auf allen Fall nicht, wenn man die, in den Gesetzen vorkommenden Entscheidungsgründe nicht überall blindlings annimmt, da es allgemein anerkannt ist, daß die classischen Juristen, auch wenn sie in der Entscheidung den rechten Punct meisterhaft zu treffen wußten, dennoch in ihren Deductionen nicht selten fehlten, wenn auch nicht so oft, wie es Manche angenommen haben [8]).

---

7) In L. 1. §. 5. de postulando.

8) *P. J. de Fremery* de rationibus veterum Ictorum. Lugd. Bat. 1801.

2) Die Vertheidiger der heutigen Rechtsgültigkeit aller Vergleiche über rechtskräftige Urtheile stützen sich besonders auf L. 32. C. de transact., indem hier ein solcher Vergleich in Form der Aquiliana stipulatio und acceptilatio für gültig erklärt werde, nach deutschem Rechte aber jeder einfache Vertrag die Kraft der römischen Formular-Contracte hebe. Dieses Raisonnement glaubte ich aber mit Donellus mißbilligen zu müssen, weil jene Constitution alle Vergleiche super judicato verwerfe, und weil nicht abzusehen sey, wie ein verbotenes Geschäft durch Einkleidung in einen Formular-Contract rechtsgültig werde. Dazu komme, daß hier das Gesetz nur *Aquiliana stipulatio* und acceptilatio nenne, während doch nach der Grundidee der Gegner auch eine einfache novirende stipulatio hätte genannt werden müssen. Richtiger sage also Donellus: *si* bedeutet oft so viel als quia, und wenn in jenem Gesetz das: proinde *si* non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, auch in jenem Sinn genommen wird, so ist alles in der Ordnung. Denn dann sprechen jene Worte nur das vorgelegte Factum aus, und passen nun zu dem Anfange des Gesetzes, wonach Vergleiche contra rem judicatam überhaupt verworfen werden müssen, also auch in der Form eines Formular-Geschäftes.

Dies Alles will nun Herr G. nicht zugeben. Er bemerkt daher: schon Vinnius habe bemerkt, die Donellische Erklärung sey contra perpetuum latini sermonis usum. Da ein Recht ex re judicata durch Schenkung erlassen werden könne, so müsse hier eine novirende stipulatio nebst der ihr folgenden acceptilatio dieselbe Wirkung haben. Zwar könne das Noviren so gut durch eine einfache stipulatio, wie durch stipulatio Aquiliana, geschehen, und insofern sage L. 32. C. cit. zu wenig. Allein dies sey gewiß blos deswegen geschehen, weil die Bürger sich gewöhnlich in solchen Fällen der stipulatio Aqualiana bedienten. Da übrigens die Römer den Vergleich (pactum conventum) genau

von Aquilischer Stipulation und Acceptilation unterschieden hätten, so sey es ohne Sinn, wenn ich behaupte: ein Vergleich in Form der Aquiliana stipulatio und acceptilatio sey doch auch ein Vergleich.

Ich muß mir dies gesagt seyn lassen, aber ich kann doch deswegen nicht landflüchtig werden. Der Vorwurf des contra perpetuum latinitatis usum möchte mir allenfalls unbedenklich gemacht werden; aber in Beziehung auf Donellus scheint er mir, so ganz ohne Beweise hingestellt, schon an sich etwas zu stark zu seyn, da dieser große Civilist auch als tüchtiger Latinist immer berühmt gewesen ist. Ich halte aber auch jenen Vorwurf für völlig verkehrt. Schon *B. Faber* in seinem Thesaurus eruditionis scholasticae hat aus den Schriften nicht-juristischer Classiker gezeigt, daß si von den Römern auch statt quia oder sintemalen gebraucht ward. Eine Reihe andrer Beyspiele für dieselbe Behauptung haben Facciolati und Forcellini in der zweiten Ausgabe ihres Wörterbuchs hinzugethan. Auch B. Brissonius hat dasselbe behauptet. Nach seiner Anleitung will ich nur ein einziges gesetzliches Beyspiel anführen, welches hier schon allein als ganz entscheidend gelten kann, nämlich L. 48. §. ult. de jure fisci:

> Cornelio Felici mater scripta heres rogata erat, restituere hereditatem post mortem suam. Quum heres scripta condemnata esset a fisco, et omnia bona mulieris occuparentur, dicebat Felix, se ante poenam esse: hoc enim constitutum est. *Sed si nondum dies fideicommissi venisset* quia posset prius ipse mori, vel etiam mater alias res acquirere, repulsus est interim a petitione.

Den Vorwurf der Sinnlosigkeit muß ich auch als ungegründet zurückweisen. Die Formulargeschäfte waren an sich nicht selbstständiger, konnten aber wohl den an sich untadelhaften Geschäften, mit Rücksicht auf die Klagbarkeit, eine

besondere Kraft verschaffen [9]. Nichtige, verbotene Geschäfte konnten also nicht durch eine Stipulation gültig werden. Wie nun die Novation erlaubt war, so konnte auch eine Schuld ex re judicata durch novatio privativa in eine Stipulations-Obligation verwandelt, und dann durch Acceptilation niedergeschlagen werden. Allein man setze den Fall, daß dem Sieger durch den Besiegten ein Vergleich angeboten wird, als ob hier noch etwas Ungewisses beizulegen wäre, daß jener den (verbotenen) Vergleich annimmt, und daß nun die Partheien sich vereinbaren, dieses schlechte Geschäft durch novatio und Acceptilatio rechtsgültig zu machen; wo soll denn der Grund liegen, daß dieses Bemänteln die Natur einer Legalität annimmt? Gewiß doch nicht darin, daß der Vergleich in der Form eines pacti nudi ein pactum conventum, nun aber ausstaffirt, novatio und acceptilatio heißt.

Endlich kann auch noch für die Ansicht von Donellus dies gesagt werden: Die Entscheidung der L. 32. C. cit. ist bis auf den letzten Buchstaben wahr, wenn darin das si für quia genommen wird. Denn dann ist damit die gute Wahrheit ausgesprochen, daß ein Vergleich contra rem judicatum in keiner Form gilt. Die von Herrn G. versuchte Erklärung kann dagegen die kaiserliche Antwort nicht von dem Vorwurf eines groben Fehlers retten, insofern nun dabei die einfache novatio ganz vergessen ist. Das Verweisen auf das Gewöhnliche ist eine Nothstütze, welche ich gelten lasse, wenn dazu entscheidende äußere Gründe vorhanden sind. Allein solche Gründe sind mir für unsern Fall noch nicht vorgekommen.

Wiederholtes Nachdenken hat mich indeß, in Beziehung auf die vorliegende Frage, noch auf eine andre Idee gebracht, zu deren Rechtfertigung sich vielleicht noch mehr Gründe beibringen lassen, als mir jetzt zu Gebote stehen, weil mir diese

---

9) Sehr gut ist dies noch neuerlich wieder hervorgehoben in *J. C. Koch* de constituto debiti alieni. Kil. 1777.

Idee erst jetzt kommt, und ich daher früher zum Besten derselben keine Collectaneen machen konnte. Wir finden nämlich, daß die Partheien bei den Römern ihren Vergleichen die stipulatio Aquiliana hinzuzufügen **pflegten** [10]. Warum begnügten sie sich hier nun nicht mit der eben so civilistischen einfachen Novation, und wählten dafür eine Formel, welche wegen ihrer übermäßigen Breite und Subtilität sehr unangenehm und beschwerlich ist [11]? Irgend ein besonderer Grund war mithin wahrscheinlich dafür, und vielleicht lag dieser in den Begriffen über res dividuas und individuas. Die Römer haben nämlich den Grundsatz: utile per inutile non vitiatur, und nehmen in Gemäßheit derselben, sofern eine Sonderung des Guten und Schlechten nicht möglich ist, sehr oft an, daß der Fehler auf das Gute nicht nachtheilig wirken darf, und daß man insofern lieber Alles erhalten muß. So sind z. B. Schenkungen unter Ehegatten nichtig. Wird indeß eine Sache zugleich von einem Gatten dem andern und einem dritten geschenkt, so bleibt die ganze Schenkung gültig, sofern der Gegenstand untheilbar ist, folglich die Vernichtung des Fehlerhaften auch die Vernichtung des Guten zur Folge haben müßte [12]. Ebenso wird der theilweisen Erlassung einer untheilbaren Schuld kein Gewicht beigelegt [13]. Aehnliches kommt auch sonst vor, z. B. bei der actio redhibitoria, wenn collectiv ein Mannigfaltiges verkauft ist [14], sowie in Beziehung auf die Manumission idealer Theile eines servus

10) L. 15. de transt. Paulus: Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subiici solet.

11) Vergl. §. 2. J. quib. mod. toll. oblig., und damit die Bestätigungen eines neugriechischen Fragments, erläutert in *Haubold* progr. ad indicenda solennia inauguralia Haeneli. Lips. 1817.

12) L. 5. §. 2. de donat. vut. V. et U.

13) L. 13. §. 1. D. de acceptilat.

14) L. 34. §. 1. L. 35. de aedil. edict.

communis, wo freilich der andere Rechtssatz, daß das judicium communi dividundo doch am Ende zu einem Verlust des vorhandenen Rechtes führen muß, sehr leicht das Justinianische Schnitterurtheil herbeiführen konnte [15].

Daß nun diese Grundsätze auf die Aquilianische Stipulation angewandt werden konnten, läßt sich leicht als möglich denken. Diese Stipulation ist nämlich eine collective Novation, vereinigt Alles, was aus verschiedenen Gründen vorhanden ist, oder seyn kann, und läßt auch nicht wohl über das Einzelne eine Untersuchung zu, weil sie Alles, was hier als Schuld möglich ist, umfaßt, und weil die unbestimmte Negative, daß eine Person außer dieser Schuld keine andre habe, und haben könne, gar nicht bewiesen werden kann, ungefähr wie sich dem nicht-inventarisirenden Erben in Betreff der vorhandenen Schulden und Nichtschulden keine volle Gewißheit geben läßt. Will man also einen Vergleich, gegen den vielleicht an sich noch Einreden gedacht werden könnten, unanfechtbar machen, will also z. B. der Sieger contra rem judicatam nach vorgängiger Novation einen vollgültigen Vergleich schließen, und erweitert er die Novation durch Aquilianische Stipulation auf alle seine vorhandenen und denkbaren Schulden, so ist durch die Verschmelzung geholfen. Denn wollte man nun den Vergleich de re judicata verwerfen, so müßte man den ganzen Vergleich umstoßen, um den schadhaften Theil zu entfernen, und damit würde das utile gegen die gewöhnliche Regel unter dem inutili leiden. Chikanen ließen sich hier freilich auch denken; aber sie können bei allen erlaubten Geschäften gedacht werden, ohne daß daraus mehr, als Nichtigkeit für den Fall folgt, wenn die Simulation und Subornation erwiesen wird.

Läßt man diese Idee nun bei Erklärung der L. 32. C. cit. gelten, so ist dem Gewissen des bloßen Wortauslegers

---

15) §. 4. J. de donat. Göschen in Savigny Zeitschrift, 3. B. S. 251 — 268.

vollständig Genüge geleistet: denn dann kann man in jener Constitution das si in dem mehr gewöhnlichen Sinn nehmen, und braucht auch dem Gesetzgeber nicht den Vorwurf zu machen, daß er die einfache Novation vergessen habe.

Auf allen Fall folgt aber daraus nichts für die Ansicht derer, welche sich hier wegen der heilbringenden Kraft unsrer einfachen Verträge ganz über das römische Recht hinwegsetzen wollen. Denn es kommt dann die ganze Sache nur mit dem andern Grundsatz: utile per inutile non vitiatur, in Verbindung, welcher eine viel allgemeinere Bedeutung hat, und von den römischen Contracts-Formen ganz unabhängig ist.

XXIII.

Ueber Unverjährbarkeit der Pupillengüter.

Von Thibaut.

Mit überwiegenden Gründen ist kürzlich von dem Herrn Oberappellationsrath Pfeiffer [1]), wie gleichzeitig von dem Herrn Professor Fritz [2]), bewiesen worden, daß nach L. 3. C. de praescr. 30. vel 40. ann. (7. 39.) während der Zeit der Unmündigkeit gegen Pupillen gar keine Verjährung statt finde, und daß es falsch sey, wenn Manche aus L. 4. C. eod. für diesen Fall eine 40jährige Präscription ableiten. Der erste Schriftsteller nennt mich dabei als Anhänger dieser falschen Ansicht, weil ich in meiner Schrift über Besitz und

1) B. W. Pfeiffer practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, 1. Band. Hannover 1825. nr. III.

2) In Grolmann und Löhr Magazin 4. Bd. 2. u. 3. Hft. S. 284 — 297.